



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

LA CONSTRUCCIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN COLOMBIA

Jhon Fisher Muñoz Camacho

Estudiante maestría en Derechos Humanos y

Derecho Internacional Humanitario

Resumen

Este artículo, denominado *LA CONSTRUCCION DE LA MEMORIA HISTORICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN COLOMBIA* analiza, basado en la pregunta: *¿Cuáles son las condiciones en la construcción de la memoria histórica como un derecho fundamental?*, las circunstancias tanto conceptuales como históricas de la regulación del derecho a la memoria en Colombia. Lo hace analizando en el primer capítulo los derechos fundamentales sociales o colectivos y la concepción de la Corte Constitucional Colombia; expone en el capítulo segundo las tensiones conceptuales del termino memoria y el desarrollo del término memoria histórica; para mostrar en el capítulo tercero el contexto regulatorio en Colombia y el contexto del derecho a la verdad en las “comisiones de la verdad” en Colombia; por último en el capítulo cuarto concluye en la definición de la memoria histórica como derecho fundamental con la función de mantener y maximizar la dignidad humana en una situación de pos-acuerdo de paz.

Introducción

La memoria histórica es traducible como derecho fundamental, esta premisa es multidimensional, la integra la ciencia jurídica y la social. La memoria ha sido frecuentemente desvalorizada en comparación con el trabajo erudito y detallado de los historiadores. En el campo de los estudios históricos, la referencia al sujeto, con sus vivencias, emociones, pasiones y sufrimientos, ha solido ser un motivo para el costumbrismo de las crónicas literarias pero no para el trabajo de los académicos, pero el ámbito de la ciencia jurídica es la vida material de las personas en sociedad, aquí, es indispensable pensar la costumbre y la tradición como fuente del derecho.

Las tradiciones integran la memoria, los padres cuentan a sus hijos sus avatares, y a su vez confían en lo que han narrado sus padres y los padres de sus padres. Muchas veces son historias encabalgadas por el dolor, la exclusión, el abandono. Pero también traen el color de los días buenos y alegres, los de antaño en que el río, el viento, las cosechas juntaron a la comunidad en torno a la fiesta, la embriaguez y las esperanzas, todo ello construye su dignidad humana.

La historiografía en Colombia, aunque llena de héroes y episodios nacionalistas, independentistas, pocas veces ha hecho de la memoria de las personas un motivo de su construcción. Tal manera de investigar el pasado no fue exclusiva de Colombia, un país receptivo a las modas foráneas, no pudo evitar que su manera de hacer historia se identificará en las academias de historia regional, mimetizará

la historia de los héroes y los relatos épicos de las élites, como se hacía en la Europa del siglo XIX, pocas veces se ha permitido en la disciplina histórica, demasiado seria para la jovialidad de la memoria, el acercamiento sensible a las formas del relato y el testimonio de las personas que no pertenecían a los grupos sociales de alto rango.

Es a causa de ello que este texto, se ha planteado defender abiertamente, suscribir explícitamente, *la traducibilidad de la construcción del derecho a la memoria histórica en nuestra sociedad a la teoría de los derechos fundamentales desde un enfoque hermenéutico y constructivista*, como condición de la dignidad humana. No el Estado y sus instituciones, no las academias y sus centros de investigación, no las organizaciones “altruistas” de la sociedad, sino los ciudadanos mismos, aquellos que en el caso de la larga guerra interna que ha sufrido la sociedad colombiana han sufrido directamente sus impactos y sus daños, a esta necesidad responde este trabajo de análisis socio-jurídico de la memoria histórica como derecho fundamental en Colombia.

Para ese fin, inicia el primer capítulo definiendo las características del problema de los derechos fundamentales sociales o colectivos para establecer la definición de la memoria histórica como derecho fundamental. Esencialmente porque en la búsqueda de una sociedad de posconflicto, tras los acuerdos de paz, el imperativo por la reconciliación se alimenta de la relación entre verdad y memoria; un lazo reconciliatorio de la sociedad colombiana implica la relación entre verdad social y memoria histórica, que como derecho fundamental cumple la función de mantener y maximizar la dignidad de las víctimas.

A continuación el segundo capítulo realiza el desarrollo conceptual desde el punto de vista social e histórico de los antecedentes teóricos del tema de la memoria, sus polémicas centrales en contradicción con la historia como disciplina, para luego mostrar el crecimiento histórico del concepto memoria histórica de los años veinte, del siglo XX y como adquiere carta ético-política esta categoría tan importante para la defensa del derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

A renglón seguido, el tercer capítulo del artículo expone los fundamentos de la memoria como derecho y lo concreta en el contexto colombiano. Muestra los desarrollos de marco jurídico internacional, así como sus elementos en Colombia y como el derecho a la memoria y la verdad ha estado ligado a las comisiones de la verdad, cita los más importantes informes sobre el conflicto y sus efectos, y analiza su capacidad de restitución del derecho fundamental a la construcción de la memoria histórica por sus propios protagonistas.

Finalmente, el cuarto capítulo del artículo realiza la conclusión de la pregunta por las condiciones del derecho de todos a construir la memoria histórica, define que en términos sociales, el concepto de memoria histórica -categoría ético-política-, permite su uso para la descripción del pasado conflictivo colombiano, pero también prescribe un proyecto para la identidad y esperanza de las víctimas; pero esencialmente, el análisis de este artículo establece la conexidad de la memoria histórica con el concepto de derechos fundamentales desde un enfoque hermenéutico, en el marco de la doctrina constitucional de la Corte Constitucional Colombiana, ya que es precisamente su carácter de derecho fundamental lo que

le da estas condiciones de acción protectora y maximizadora de la dignidad humana.

CAPÍTULO PRIMERO

RESPECTO A LOS DERECHO FUNDAMENTALES SOCIALES O COLECTIVOS

La pregunta por los derechos fundamentales es dominante dentro del estudio de la filosofía y teoría del derecho, sin olvidar por supuesto el derecho constitucional como disciplina jurídica. Toda afirmación que pretenda responder por la condición, límites o naturaleza de los derechos fundamentales debe partir inevitablemente de un marco epistemológico desde el cual se deba utilizar las herramientas propias del método usado para definir y conceptualizar este tipo de derechos y el derecho como disciplina en general.

Esta aclaración no es trivial, pues dependiendo del enfoque o escuela que se utilice tendremos un concepto diferente de derechos fundamentales, lo que repercute en los alcances, los límites y las características de estos. Conforme a lo anterior, este trabajo ha optado por un enfoque hermenéutico, entendido en dos aspectos: el primero, que la práctica del derecho es un ejercicio interpretativo y que no existe unívocos sentidos de la ley en su aplicación, mucho más aun cuando se repara en la estructura lingüística de los derechos fundamentales; y el segundo, que la consagración constitucional de derechos con el carácter fundamental responden a las demandas de sectores de la sociedad que exigen de parte del Estado protección para los interés que reivindican o bien que se sancionen las conductas de las que han sido víctimas.

Por supuesto, este enfoque y sus herramientas de construcción del conocimiento se considera idóneo para el objetivo trazado acá, porque con la consagración o la pretensión de consagración de la memoria histórica como derecho, entendido

como fundamental, evidenciamos de forma inequívoca el carácter constructivo de los derechos fundamentales. La adopción de este enfoque descarta el uso de perspectivas iusnaturalistas que consideran a los derechos fundamentales como entidades ontológicas inmanentes y eternas, ya sean dictadas por un ser todo poderoso o supremo o bien por ser hechos “naturales” detectados por el escrutinio de la razón.

Una vez tomadas las precauciones teóricas anteriores, el paso siguiente es definir las reglas de interpretación que rigen el método hermenéutico y definir que funge para dos propósitos dentro de la investigación: el primero es entender la demanda de una sociedad determinada respecto a la solicitud de protección y la segunda las reglas especiales de interpretación de un derecho fundamental de determinada características como lo sería la memoria histórica.

La hermenéutica

La hermenéutica fue definida en el *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, como:

Hermeneutics as the methodology of interpretation is concerned with problems that arise when dealing with meaningful human actions and the products of such actions, most importantly texts. As a methodological discipline, it offers a toolbox for efficiently treating problems of the interpretation of human actions, texts and other meaningful material (Stanford, 2016, párr. 1)

La hermenéutica, aunque no es un método novedoso, surgió como una

respuesta al positivismo extremo y su incapacidad de describir las acciones humanas en el ámbito de la significación y del dato, como la literatura, el arte y demás expresiones de sentido que no se pueden describir cabalmente con un método científico tradicional. Pero así como la hermenéutica sirve para comprender las artes, también es útil para leer complejas relaciones sociales como sería el caso del derecho, y en especial la forma en la que se debe interpretar y aplicar las normas de derechos fundamentales que se instituyen en la constitución.

Este método permite comprender mejor la conducta de una sociedad, que saliendo de un prolongado conflicto armado, demanda que el olvido no se haga la regla general; que la memoria de las víctimas se mantenga como recordatorio a las nuevas generaciones de lo vivido en el pasado y se establezca la no repetición de los episodios de violencia. La demanda de la sociedad, o de una parte de la misma, se hace con un significado preciso, tal sentido se debe descifrar o desenvolver a través de las reglas hermenéuticas.

Esta demanda social se traducirá en la consagración de un derecho fundamental a la memoria histórica, con el significado que tenga y que en su sección pertinente del trabajo se tratará, para de esta forma volverlo jurídicamente vinculante para el Estado y sus asociados.

La hermenéutica y las formas de interpretación constitucional

La interpretación constitucional puede rastrear en dos grandes corrientes: la primera es la tradición jurídica norteamericana que desde los albores del

nacimiento como nación y a lo largo de su consolidación jurídica ha tenido la fortuna de considerar las cláusulas constitucionales como vinculantes y de aplicación directa; la otra corriente adscrita a la tradición romano germánica que solo a partir de las revoluciones sociales del siglo XIX empezó a entender el valor jurídico de la constitución más allá de solo una declaración retórica o programática que no se cumplía materialmente; solo fue hasta después de la segunda guerra mundial, especialmente en los países derrotados, que la constitución se convirtió en la talanquera al poder político, el respeto irrestricto a los derechos individuales y finalmente un límite material y real a la democracia y al poder de la mayorías.

Pero las constituciones de posguerra no solo garantizaban derechos individuales que suponen la no intervención del Estado en la esfera privada de los individuos, sino que producto de las demandas sociales se garantizaron, o se elevaron a la categoría de derechos requerimientos de la sociedad como la seguridad social, la salud, el acceso a los servicios públicos etc. Estos derechos en un primer momento no ostentaron la categoría de ser fundamentales, pues no se entendían adscritos propiamente a los individuos, sino a una colectividad o comunidad, pero las recientes interpretaciones constitucionales y determinados doctrinantes han llegado a considerar este tipo de derechos como fundamentales (Arango, 2005).

La interpretación constitucional surgió como respuesta a la legalidad y al formalismo extremo que dominaba la práctica jurídica, especialmente el romano germánico. Pero aun así, para resistir los embates de ser la interpretación constitucional, puro decisionismo o una vuelta al derecho natural, se ha optado

por diferentes formas de aplicar los derechos o garantías constitucionales con una base con pretensiones racionales. La hermenéutica es una de ellas, la cual intenta desentrañar el significado de un enunciado de derecho fundamental como expresión lingüística a aplicar en un caso concreto para la resolución de un conflicto social.

Valga decir que el mejor intento de fundamentar una metodología de este tipo la llevó a cabo Ronald Dworkin¹ con su teoría de los principios, y en general su forma de entender el derecho y la actividad de los jueces (Dworkin, 2012).

El concepto de derechos fundamentales

Los derechos fundamentales varían en sus características y en su definición dependiendo de la perspectiva y enfoque a usar, como ya se ha anticipado el usado en este texto la entiende como una compleja estructura lingüística a la cual no es posible aplicarle la lógica deductiva es acá donde la doctrina constitucional diferencia entre reglas y principios, siendo la estructura de los derechos fundamentales de este último tipo en el que la subsunción como regla lógica es imposible de aplicar y por lo tanto, para ser estructuras lingüísticas vinculantes dentro de un sistema de derecho, es otro tipo de metodología la que se debe usar.

La teoría constitucional concentra su esfuerzo analítico en determinar qué metodología se debe usar y la valoración de las respuestas o conclusiones a las

¹ En sus tres ensayos reunidos en la obra Los derechos en serio se plasma su visión del derecho y en especial el lugar de los principios para resolver los casos difíciles o en donde las reglas de derecho no bastan para dar una respuesta correcta.

que se llega usándola. Así pues, dentro del espectro constitucional colombiano una de las teorías aceptadas es la que desarrolló el teórico Robert Alexy para la constitución alemana (ley fundamental de Bonn de 1949) y ha sido también referente la jurisprudencia emanada del tribunal constitucional alemán; la vía de llegada de esta teoría se realizó gracias a que influenció la constitución española (1978) de transición a la democracia y el desarrollo de la misma a través del tribunal constitucional español, y esta a su vez influyó la perspectiva constitucional colombiana.

Pero la influencia en la Corte Constitucional Colombiana no solo es de cuño alemán, sino que también utiliza visos y matices de la tradición norteamericana, en especial los test² desarrollados por la Corte Suprema de Justicia al hacer el control de constitucionalidad de las disposiciones federales y estatales. Estas dos tradiciones respecto al control de constitucionalidad, a la fuerza vinculante del precedente y en definitiva frente a los alcances de los derechos fundamentales, conviven y son decantadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, mediante la resolución de problemas jurídicos particulares o en el ejercicio del control abstracto en demandas de inconstitucionalidad.

En la teoría de Alexy respecto al concepto de derechos fundamentales los define como mandatos de optimización, esta definición es ante todo una definición analítica o descriptiva que se entiende dentro de un lenguaje normativo, pero en sí mismo no nos dice por qué es un derecho fundamental, por qué llegó a estar consagrado en una constitución etc. Si bien Alexy en su

² Los test son requisitos fijados por la Corte Suprema de los Estados Unidos al momento de analizar la constitucionalidad de una ley federal o estatal. La idea del test es fijar criterios objetivos para determinar si una ley es o no contraria a la constitución.

obra teoría de los derechos fundamentales considera que los mismos se derivan de tres derechos fundamentales básicos: la libertad, igualdad, dignidad. No explica por qué una sociedad adopta ese marco interpretativo como derrotero para solucionar sus conflictos sociales.

Por otro lado se pueden entender los derechos fundamentales como la expresión significativa de una comunidad, un mensaje comunicativo que pretende vincular a todos los integrantes con el propósito de respetar los ámbitos de otras personas o bien garantizar unos mínimos materiales para que los demás se puedan desarrollar y proyectar como bien lo consideren.

Esta expresión se torna aún más compleja cuando de lo que se trata es superar un conflicto armado prolongado, para el caso colombiano, por más de 50 años. Ante este contexto tan particular, no resulta desproporcionado considerar a la memoria histórica como un derecho fundamental, no por que dicho concepto responda a una realidad ontológica inmanente que deba ser considerada de esa forma sino por el contrario porque las demandas particulares en un contexto de pacificación así lo requieren.

Las tesis de la Corte Constitucional respecto a los derechos fundamentales

a. Los derechos fundamentales como derechos naturales

Referente de esta postura es la sentencia T-406 de 1992 en la cual se hace la adecuación de los derechos fundamentales como un catálogo de derechos

anterior a todo ordenamiento jurídico y que, por tal motivo, es inalterable por el legislador y por la regla de decisión democrática (Corte Constitucional, 1992).

Para esta doctrina los derechos fundamentales pertenecen a la esencia o sustancia de la persona o ser humano, esta sustancia es una realidad que antecede cualquier orden artificial humano debe ser respetado al momento de construir el ordenamiento jurídico, y por supuesto las acciones que de la actuación del Estado o de los particulares que los afecten están vedadas o castigadas por la sociedad.

Si bien esta tesis es clásica dentro de las escuelas del derecho, ya sea por medio del iusnaturalismo teológico o el iusnaturalismo racionalista, no es la idónea ni la correcta para describir la realidad que origina y antecede a la pretensión de consagración de la memoria histórica como derecho fundamental. Ya en acápites anteriores se ha mencionado que el enfoque utilizado y valorado como correcto en este trabajo responde al hermenéutico y al constructivismo. No es posible afirmar coherentemente que existe una realidad inmutable anterior a todo proceso social que corresponda al concepto de memoria histórica, o por lo menos de memoria, tampoco se puede llegar a la afirmación que el mismo se deriva o es posible deducirlo de principios inmutables más generales, como sería la libertad, igualdad o la misma justicia.

Como se verá a continuación la Corte Constitucional a morigerado esta tesis iusnaturalista racionalista, por una tal vez más compleja y ambigua, pero que si trata de responder a los retos de nuevas demandas y realidades que ponen en riesgo o afecta derechos de las personas en su realidad.

b. Los derechos fundamentales como derechos subjetivos

La Corte ha acudido al concepto de derecho subjetivo para describir más correctamente los derechos fundamentales como normas vinculantes entre los asociados del Estado. El derecho subjetivo es una venerable tradición del derecho que lo describe no por su naturaleza, sino por efectos que tiene el mismo, a saber, la posibilidad de exigibilidad -justiciabilidad- del mismo ante un tercero al cual denominamos Estado. Bajo esta premisa descriptiva el derecho subjetivo se disgrega en titular – sujeto activo y pasivo-, posición jurídica y objeto material y jurídico amparado (Corte Constitucional, 1999).

Si bien esta tesis parece más acorde a los modernos desarrollos de la teoría del derecho y evita entrar en temas de especulación metafísica, la Corte la ha usado, más para fundamentar la característica de derechos subjetivos de los derechos sociales consagrados en la constitución, es decir la posibilidad interpretativa de demandar directamente el cumplimiento de un derecho social, por ejemplo la seguridad social; para la Corte, si este derecho social es asimilable o mutable en un derecho subjetivo, el mismo puede considerarse como fundamental, no tanto por su naturaleza, sino por ampliar los efectos jurídicos de este derecho social.

Bajo esta premisa fue que se desarrolló la doctrina de la conexidad, si un derecho social, económico, cultural o de cualquier otra índole tiene una conexión suficiente con algún derecho fundamental, por ejemplo, el derecho social de la salud con el derecho fundamental de la vida, este podrá ser demandado al sujeto pasivo directamente, para el caso colombiano con la

acción preferente de tutela.

c. Los derechos fundamentales como derechos subjetivos protectores de la dignidad humana.

Las tesis hasta ahora esbozadas por la Corte Constitucional sobre la naturaleza o el concepto de derechos fundamentales son reflejo del debate de escuelas dentro de la ciencia jurídica, así pues, no se puede determinar con claridad que entiende la Corte por derecho fundamental, mucho menos cuál es su contorno y límites, y bajo qué premisas o situaciones fácticas una demanda ciudadana se transforma en una expresión lingüística con significado y con carácter vinculante. Los últimos desarrollos de la Corte Constitucional enfocan el significado de derecho fundamental como funcionalmente dirigido a proteger la dignidad humana, es decir son derechos -expresiones lingüísticas- que se enfocan o tiene como función la protección de la dignidad humana de las personas, que en opinión de la Corte se traduce en poderle brindar al individuo la libertad de escogencia del proyecto de vida que a bien desee y la posibilidad que el mismo ejerza el papel que desee en la sociedad. Ahora bien, esta dignidad humana no hace referencia a un concepto metafísico extra sistémico sino a la construcción de consensos en la sociedad a través de la regla de decisión democrática y las reglas propias de la dogmática constitucional que debe traducir esas necesidades de protección en derechos subjetivos vinculantes (Corte Constitucional, 2003).

La memoria histórica como derecho fundamental

La memoria histórica como proceso social se tratará en el capítulo segundo de esta investigación, en este aparte se hará el examen analítico³ sobre la memoria histórica como derecho fundamental dentro del sistema jurídico colombiano con especial énfasis en la jurisdicción constitucional.

De entrada, puede aclararse que la memoria histórica no respondería a un modelo de derecho fundamental individual o tradicional, es decir no responde a la estructura de un derecho subjetivo demandable y oponible a los demás asociados de la comunidad. De igual forma los derechos fundamentales responden a una orientación política⁴ más que a la naturaleza de las cosas, por lo que los derechos y el alcance de los mismos han variado según los juegos de interés y de poder en el que la comunidad se halla inmerso.

Un ejemplo de la mutabilidad y la agregación de derechos protegidos constitucionalmente se presentan con los derechos prestacionales, es decir con los derechos que ya no solo demandan una inacción por parte del Estado o una no intervención, sino que demanda todo un sistema de políticas públicas que realice unos fines u objetivos que la sociedad ha trazado para el bienestar de la comunidad en general.

Los derechos sociales resultan ser la condición de posibilidad para desplegar toda acción humana dentro de una comunidad, más certeramente sin los

³ El examen analítico supone dividir el todo en partes para realizar un mejor estudio del objeto de Estudio.

⁴ Las concepciones del mundo de los individuos o de las comunidades determinan su forma de afrontar las vicisitudes de la vida, y por ende la forma como se organizan y como entienden la justicia, es decir el reparto de bienes, de prebendas, de incentivos y de castigos.

derechos sociales es imposible que el individuo desarrolle su personalidad dentro de los márgenes de libertad que ha fijado la comunidad para ello. Si como dice la constitución norteamericana la búsqueda de la felicidad es un derecho, el mismo no se puede concretar o ser verdaderamente posible en una sociedad donde determinado sector de la población sufre de segregación económica, social, política o religiosa.

El objetivo de las políticas sociales del Estado como respuestas a los mandatos de derechos colectivos es corregir en la medida del caso las desigualdades y diferencia de oportunidades que naturalmente se presentan en una sociedad. Este objetivo es el que supone o legitima y justifica que los derechos sociales tengan el carácter de fundamental, pues sin una acción del Estado los privilegios de los que detentar el poder o bien están en una posición dominante tenderá a perpetuarse.

La memoria histórica

La memoria histórica en el contexto colombiano de pacificación cumple con la función social de reformar la no repetición de las conductas del conflicto armado. Es decir no se considera un derecho fundamental por mero capricho sino que la misma ayuda a reforzar el mensaje a la sociedad, especialmente a los victimarios y a la víctimas, de la necesidad de evitar que el conflicto armado se repita, y por esa vida garantizar la pacificación de la sociedad condición esta como garantía de ejercicio de todos los derechos.

Pero la memoria histórica no solo tiene una dimensión social, también contiene

una función en el individuo que ha sufrido o ha sido victimario dentro del conflicto armado, este aspecto es más psicológico que jurídico, pero lo importante, dentro de una sociedad que vela por la salud y el desarrollo de sus asociados, es que por medio de esta consagración se ayuda a las víctimas a superar los traumas e impases que ha causado la violencia prolongada en sus vidas, el interés del Estado frente a que victimario y víctimas sanen emocionalmente, contiene implícitamente la garantía de no repetición y en general el respeto a los derechos de estos afectados.

El énfasis especial recae sobre las víctimas, sujeto activo de este derecho y las cuales, teniendo en cuenta la tesis acá sostenida, puede demandar de parte del Estado la construcción de una memoria como relato de los hechos ocurridos, como acceso a la verdad en los procesos judiciales, acceso a programas de socialización etc.

La memoria histórica como derecho subjetivo y derecho colectivo

Con las anteriores descripciones dogmáticas y descripciones de necesidades fácticas se puede construir y fundamentar lógica y necesariamente como derecho fundamental la memoria histórica. En principio aquella es un derecho colectivo que tiene los pueblos a conocer su pasado para poder afrontar su presente y proyectarse en el futuro, pero también es traducible jurídicamente en un derecho subjetivo, en tanto que o bien se conecta con algún otro derecho fundamental como la verdad, el acceso a la justicia, la reparación del daño causado etc. O bien por el simple hecho que es absolutamente funcional al

cumplimiento del respeto de la dignidad humana de un sujeto en una especial posición, que se encuentra en condición de víctima de un conflicto armado interno.

¿Pero qué sentido tiene la memoria histórica para un individuo? es una pregunta que no se puede responder prima facie, sino que debe ser la labor del obligado, sea el juez de justicia ordinaria o de justicia especial para la paz, el que debe entender el sentido de la memoria para poder demandar del obligado las conductas que ayuden a restablecer la dignidad de la víctima.

Frente a este tema resulta paradigmático el trabajo del profesor Chinchilla, en concreto a la hora de enumerar los siguientes requisitos:

a) ser un derecho de fuente o rango constitucional; b) ser un derecho que sirve como instrumento para (cumple función de) acercarnos al ideal ético de la dignidad humana o ayudar a realizarlo en la práctica, y c) ser un derecho que admite ser convertido o concretado (traducido) en un derecho subjetivo (Chinchilla, 2009, p. 167)

Siguiendo estos parámetros, la memoria histórica tiene un origen o rango constitucional, más aún se podría decir que está íntimamente ligada al respeto de la dignidad humana fin principal del Estado. De igual forma cumple el fin de restablecer -en este caso- la dignidad humana de las víctimas del conflicto y admite ser convertido en un derecho subjetivo pues contiene un sujeto activo y pasivo, una posición jurídica de exigibilidad y un objeto jurídico – reparación,

vida, salud etc.- junto con un objeto material -determinado por el juez a través de un proceso hermenéutico-.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA MEMORIA HISTÓRICA COMO PROCESO SOCIAL

La memoria histórica es un concepto y una práctica vinculada al derecho de las víctimas al establecimiento de la verdad -jurídica, individual y social- de hechos pasados donde han sufrido vulneraciones a su persona; es un derecho a la verdad (Ley 1448, 2011, art. 23) histórica en conexión con la justicia y la reparación. Ha surgido como una lucha de los grupos sociales a quienes se les violó sus derechos fundamentales y humanos. Su contexto de construcción emerge más notoriamente con los eventos de la segunda guerra mundial, donde la procura del olvido fue práctica sistemática (Baer, 2006), y ha sido producto de la exigencia de la humanidad de concienciar, registrar, y materializar los acontecimientos críticos de la guerra en archivos: escritos, orales, visuales, espaciales, etc. Se realizó con el propósito de constituir un nuevo contrato de confianza en la humanidad, y que la repetición de hechos cruentos y vulneraciones a la dignidad individual y de los pueblos, tuviera una garantía de no repetición, Adorno lo refiere así: “Hitler ha impuesto a los hombres un nuevo imperativo categórico para su actual estado de esclavitud: el de orientar su pensamiento y acción de modo que Auschwitz no se repita, que no vuelva a ocurrir nada semejante” (Adorno, 1984, p. 365). En ese sentido, al Estado se le encomendó el deber de memoria, para proteger tanto el derecho individual como colectivo a la verdad de los hechos de las víctimas (Uprimmy, 2012).

Así, el derecho a la verdad en consistencia con el deber-derecho de memoria justifica sostener a la memoria histórica como derecho fundamental, esta temática

hizo sus primeros atisbos en el campo de los derechos humanos, con los derechos de tercera generación (Suárez, 2012). Su circunstancia es la responsabilidad de los Estados de la segunda posguerra mundial de hacer memoria histórica a la sociedad mundial de los daños causados a pueblos enteros. Los derechos de las víctimas a la reconstrucción de la memoria histórica hicieron emprender una gran cantidad de trabajos sobre la memoria, con el ánimo de impedir el olvido y garantizar la no repetición de estos daños a la humanidad. Agresiones fundadas en justificaciones xenófobas, discriminatorias, en ofensa a la calidad de la dignidad humana, y con lesiones a la humanidad profundas, que conforman los delitos de lesa humanidad.

En este sentido, el derecho a la verdad en la construcción de la memoria histórica de los pueblos halló su oportunidad en el marco jurídico de los derechos sociales y culturales de la declaración de derechos humanos⁵. El derecho a la verdad fue definido por la ONU como:

El derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves de las normas internacionales de derechos humanos, así como a sus familias, en el marco del sistema jurídico interno de cada Estado, de conocer la verdad sobre esas violaciones, en particular la identidad de los autores y las causas, los hechos y las circunstancias relacionados con las violaciones (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2005, p. 2).

⁵ El informe Joinet de 1997 establece como corolario de los derechos de las víctimas de verdad, justicia y reparación, el derecho de memoria y es que verdad y memoria necesariamente se corresponden a nivel epistemológico, como político y jurídico.

Como se lee, la conexión evidente con la construcción de una memoria histórica de los hechos como resultante de este derecho a la verdad es contundente. Sin embargo, el derecho a la memoria histórica es un tema, que aunque citado en distintos convenios, carece en Colombia, de un marco jurídico preciso. Esta falencia impacta directamente sobre los derechos de las víctimas cuyos acuerdos actuales en el posconflicto, requiere de una elaboración reflexiva, desde el punto de vista socio jurídico, de la construcción de la memoria histórica como derecho fundamental, para el fortalecimiento de los lazos sociales del pos-acuerdo, en ese sentido Felipe Isa Gómez, autor del libro El derecho a la memoria, es concluyente:

La memoria se ha convertido en una categoría ético- filosófico, político y jurídico, convirtiendo al recuerdo en un auténtico deber moral, en un antídoto contra la barbarie y el olvido en que han caído muchas veces las víctimas de las violaciones de los derechos humanos más básicos (Isa, 2005, p. 13).

No obstante es relevante observar que aunque los estudios de la “memoria” han ido permeando la política y los derechos de las víctimas a la verdad, esta no es una categoría completamente ingenua. Es decir, la gubernamentalidad.⁶ (Cadirola & Mc Donell, s.f.) del recuerdo como parte de la construcción de la historia colectiva está atravesada de los intereses políticos e ideológicos. Nada

⁶ La noción de gubernamentalidad es un término de Foucault, M. útil para entender como la apropiación de la construcción de la memoria por parte del Estado u otro grupo social somete otras formas sociales, en este caso las víctimas.

garantiza que a pesar la procura por la verdad individual y finalmente colectiva de las personas, presente tanto en las intenciones del Estado como en este caso el grupo armado desmovilizado, concrete la posibilidad de una construcción de la memoria histórica por parte de las víctimas.

La memoria entendida en conexidad a los principios constitucionales requiere un análisis que no solo contemple los aspectos jurídicos de su condición de derecho fundamental, sino que depende de las dimensiones sociales que la constituyen como parte esencial de la dignidad de los pueblos, el centro del problema es entonces, *¿Cuáles son las condiciones en la construcción de la memoria histórica como un derecho fundamental?, ¿Cuáles son los antecedentes de su conceptualización y desarrollo en la experiencia internacional? ¿Cuáles son las falencias y desafíos de la memoria histórica en el derecho en Colombia? ¿Cómo beneficia los derechos de las víctimas la precisión de la memoria como derecho fundamental? Y finalmente ¿cómo los acuerdos de la Habana reflejan esta construcción de la memoria como derecho fundamental de la sociedad colombiana?*

El sentido de esta problematización en general de la memoria, está implicada en los significados que en el contexto de la sociedad se le da al tiempo. La manera como las naciones han construido el fenómeno de la memoria es un proceso en parte explicado por la necesidad de las sociedades de componerse un mejor modo de apañarse con los pasados cruentos que las conforman. El fenómeno de la memoria pertenece tanto a la historia, como a otros mecanismos de restitución

de la verdad social del pasado, muy importante en los procesos de reconciliación del conflicto entre pueblos en el presente.

En estos dispositivos de recuperación de la verdad esta tanto el relato de las víctimas como del victimario. Allí, la verdad judicial es crucial para la reconstrucción de la memoria histórica de los hechos violentos. Sin embargo ésta se conforma no solo del elemento testimonial sino de los fundamentos probatorios. Es allí donde la construcción de la memoria histórica no puede alimentarse exclusivamente de los testimonios, también los constituyentes materiales de los hechos, forenses, escritos, visuales, auditivos, hacen parte integral de la construcción de la memoria histórica con una consecuencia claramente de empoderamiento del derecho a la memoria de los grupos sociales víctimas de vulneraciones a sus derechos.

Se sigue de ello que el derecho a la memoria esté implicado en el derecho a la verdad, en ese sentido la Corte define que

El conocimiento sobre el pasado es fundamental en un proceso de justicia transicional no solamente como materialización de un derecho de las víctimas a la verdad, sino también como un componente fundamental de una reconciliación real y del restablecimiento de la confianza en el ordenamiento jurídico. El valor de la verdad es doble: es útil para identificar colaboradores y agentes del régimen previo para evitar que saboteen los esfuerzos de reconstruir la sociedad (Corte Constitucional, 2013, párr. 10).

El derecho de las víctimas a la verdad ha sustentado los procesos de constitución de la memoria histórica. Lo esencial a entender en este caso es que tras la construcción de la memoria histórica esta la configuración y desarrollo de un derecho fundamental y detrás de esta relación necesaria la verdad de la sociedad para su reconciliación. Así lo determina la implicación del derecho a la verdad determinado por la Corte Penal Internacional:

Que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su opresor sea juzgado, obteniendo su reparación. Como se subraya en el preámbulo de la Estructura de principios, no existe reconciliación justa y durable sin que sea aportada una respuesta efectiva a los deseos de justicia; el perdón, acto privado, supone, en tanto que factor de reconciliación, que la víctima conozca al autor de las violaciones cometidas contra ella y el opresor esté en condiciones de manifestar su arrepentimiento; en efecto, para que el perdón pueda ser concedido, es necesario que sea solicitado (Joinet, 1997, párr. 26).

Tal principio de justicia y verdad para la reconciliación, es central en las estructuras de la sociedad. ¿Cómo puede organizarse políticamente una sociedad sin la confianza de sus miembros en su orden jurídico? En Colombia uno de los grandes problemas del sistema judicial es la precaria confianza de los ciudadanos en la administración de justicia, la expectativa promedio de cada uno de los ciudadanos de recibir una justicia pertinente, eficiente y sin dilaciones es baja. La creencia común de que la justicia es para los de “ruana”, campea

porque la tradición colombiana de distribuir inequitativamente los bienes de la justicia ha definido históricamente una profunda desconfianza en la demanda adecuada de justicia por parte del sistema judicial. Esto es en particular en el sistema penal, donde las penas de los inculpatos parecen ser inversamente proporcionales a su posición social a mejor posición social más bajas las penas, a menor posición social más altas las penas.

Por ello el derecho a la verdad no es solo es un concepto del ámbito de la juridicidad entendida como la responsabilidad penal de una persona respecto de otra, sino que es constituyente de la sociedad. Una sociedad con mayor verdad de cada una de sus instituciones y en especial del Estado, pretende para sí un mejor orden político para todos sus miembros. La premisa sobre la cual se sostiene esta afirmación es que todo contrato se funda en la fe de las partes y por tanto si esta condición fundante se diluye el contrato es por sí mismo nulo. La teoría contractualista ha definido a la sociedad como un contrato, un contrato entre miembros con el propósito de permitir una vida más justa y mejor para todos, en ese sentido si este contrato se funda en una voluntad de mentir por los participantes, tal contrato es imposible; como se ve, entonces, el derecho a la verdad es fundamental a la constitución de la sociedad; en suma, el constituyente natural exigible por cada uno de los miembros de la sociedad es el derecho a la verdad, el orden jurídico no se concilia con la desconfianza. Entonces se entiende que la restitución de los acontecimientos del pasado es constitutivo de los procesos de reconciliación social, donde una nueva declaración de fe en el contrato aparece.

Es a causa de esta verdad constituyente y constitutiva del lazo entre miembros de la comunidad política, que se entiende el vínculo indisoluble e implicativo entre verdad y memoria. Una verdad social que no implique la memoria histórica es una contradicción en los términos. Pero que significa en principio la cuestión de la memoria es muy importante para encuadrar el problema, así como el enfoque conceptual de porque es clave en la sociedad colombiana en pleno acuerdo de reconciliación, la construcción de la memoria histórica como un derecho fundamental.

Marco conceptual de la memoria histórica como derecho fundamental

En este apartado se analizará la conceptualización de la memoria en la construcción del derecho fundamental a la memoria. ¿Cuáles son las razones para sostener que la construcción de la memoria histórica es un derecho fundamental? Para ello se examina primero el concepto de memoria sus polémicas y sus desarrollos sociológicos; y segundo examinaremos la memoria histórica y el enfoque jurídico del derecho a la memoria que suele estar en concordancia con el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Las polémicas de la memoria

El principal obstáculo que se aparece al referir a la memoria es su variación conceptual. La polisemia del término se encuentra en el fundamento mismo de una teoría de la manera como los humanos concebimos el tiempo. Se concibió

como un almacén, fija y estática, como un anaquel donde se almacenan de manera clasificada, los archivos de un conjunto de documentos que registran los hechos del pasado, esta concepción alimenta una forma lineal del pasado, los acontecimientos se encadenan causalmente hacia el presente en una línea infinita hacia el futuro y que sostiene la concepción social de la modernidad, Locke afirmó en su Ensayo sobre el entendimiento humano que “la memoria es, pues, como un almacén de nuestras ideas” (Locke, 1689, p. 58.); otros por el contrario piensan que es dinámica, activa y creativa, es decir el pasado es elaborado insistentemente en el presente según los intereses de quienes hacen memoria, este punto de vista da una forma circular al pasado en actividad con el presente, los grupos sociales elaboran y reelaboran sus pasados en lucha constante por hacer legítimo su sentido de éste donde “el pasado legitima el orden social contemporáneo y la movilización histórica de la memoria social legitima la acción y aglutina los colectivos sociales” (Gnecco, 2000, p. 172), esta cualidad política de las luchas de intereses sobre la memoria en situaciones autoritarias impone una sola versión hegemónica y oficial “domesticando la memoria social, silenciando las historias locales en beneficio del proyecto político de unidad nacional” (Gnecco, 2000, p. 174).

Otras acepciones de la memoria están relacionadas con el “lugar”, por decirlo así donde sucede la memoria. En ese orden de ideas, unos afirman que la memoria es individual, solo es manifestable y acaecible en el ámbito del sujeto individual, solo al “yo” le es dado suscitar el recuerdo, el otro y la sociedad son las circunstancias catalizadoras de la experiencia individual, activan o suscitan el recuerdo, pero no es posible rememorarlos sino en sí mismo, en el propio sistema

neurofisiológico, la teoría multialmacén de Atkinson y Shiffrin explica que en todo individuo se dan tres sistemas de memoria en continuidad interna: sensorial, de corto y de largo plazo, lo social, activa, pero no participa (Atkinson & Shiffrin, 1983); otros en cambio, opinan que la memoria es social, o más precisamente, colectiva, los sujetos son tejidos en los marcos de las instituciones sociales en donde crecen y se socializan, recordar un hecho es una operación de la colectividad, toda vez que las coordenadas de temporalidad, espacialidad y significación de un hecho son definidas en el marco del grupo en que se crece con distintas escalas dimensionales, de la familia inmediata, pasando por la nación, hasta la sociedad en su totalidad; es decir, la vivencia de sí, solamente es recuperable a través de los marcos culturales dados por las instituciones sociales y de los otros, pues

lo que persiste no son imágenes totalmente confirmadas en alguna galería subterránea de nuestro pensamiento, sino, en la sociedad, todas las indicaciones necesarias para reconstruir esas partes de nuestro pasado que concebimos de forma incompleta o indistinta o que incluso creemos enteramente salidas de “nuestra” memoria (Halbwachs, 1968, p. 210).

También existen distinciones de tipo epistémico en la definición de la memoria, es decir acerca de su validez en una teoría del conocimiento de la verdad del pasado. Allí la principal discusión o disputa es con la historia cuyo estatuto como ciencia de la “verdad” del pasado es desde algunos puntos de vista indiscutible, algunas perspectivas de la historia opinan que la obtención, registro y sistematización

organizada de los hechos anteriores al presente, máxime en las grandes escalas periódicas, realizada de manera “objetiva”, es tarea de la ciencia histórica, por ende a la memoria le concierne el conjunto de las tradiciones y relatos testimoniales, en escalas de generaciones vivas que hablan coloridamente de las emociones de los sujetos respecto de los hechos históricos, esta es por lo tanto, de orden subjetivo y su naturaleza exclusivamente psicológica, ya sea del individuo o del grupo, pero su valor como verdad de los acontecimientos pasados es cuestionable:

Yo creo profundamente en la diferencia entre la historia y la memoria; permitir que la memoria sustituya a la historia es peligroso. Mientras que la historia adopta necesariamente la forma de un registro, continuamente reescrito y reevaluado a la luz de evidencias antiguas y nuevas, la memoria se asocia a unos propósitos públicos, no intelectuales: un parque temático, un memorial, un museo, un edificio, un programa de televisión, un acontecimiento, un día, una bandera (Judt & Snyder, 2012, p. 267).

No obstante, otros piensan que en una teoría del conocimiento donde toda verdad es resultante del punto de vista del sujeto, pues es imposible e ingenuo el valor “objetivo” de una verdad; la memoria es el esfuerzo de los sujetos por interpretar el sentido de los acontecimientos pasados en orden a su propia colectividad y cultura, el esfuerzo por construir ese sentido de la memoria histórica hace uso de los métodos historiográficos, no los excluye, puesto que una memoria hecha historia es una colectividad consciente de sí en una memoria histórica, hecha

historiografía, porque “la historia se solapa con la memoria cuando los historiadores ejercen de creadores de memoria social y política, convirtiendo así a la historia en la depositaria de la memoria de la correspondiente sociedad, grupo o institución.” (Garzón & Moreno, 2010, p. 38)

Al cabo de las acepciones anteriores, desde un punto de vista filosófico, la pregunta más elemental acerca de la memoria nos remite a la naturaleza del fenómeno de la memoria, ¿Por qué para la vida es tan importante la memoria? al parecer la propiedad de conservación de acontecimientos pasados o de referirnos a eventos no presentes es particular de los fenómenos orgánicos, es decir recordar es una cualidad intrínseca a la vida, una roca, un metal o en general un material inorgánico es incapaz de conservar organizadamente la experiencia propia al interior de su estructura y lo más esencial, no le es posible recuperarla en función de su situación presente; a esa cualidad de hacer durar el tiempo pasado en el tiempo presente, las sociedades humanas en formas culturales diferentes le han llamado memoria, una prolongación del pasado en el presente (Bergson, 1977).

La memoria es pues un fenómeno generalizado en las sociedades humanas por cuanto son entidades vivas; cada cultura y pueblo a lo largo de la evolución de los humanos ha almacenado, organizado e interpretado su experiencia pasada de maneras diversas. Sin embargo, aunque esa multiplicidad del ejercicio de construcción de la experiencia ya sucedida varíe, a todos los pueblos es y ha sido común la práctica de elaborar su memoria. Las sociedades humanas han construido métodos muy creativos de conservar su pasado como condición de la

permanencia de sus instituciones políticas, culturales, familiares, y grupales en general, y ello ha significado incorporar “el tiempo” como una institución social.

Una concepción sociológica del tiempo y la memoria

El comprender el tiempo como una realidad social es más sencillo, afirma el sociólogo Norbert Elias mediante un modelo de evolución de conceptos del tiempo (Eliás, 1997). La dependencia de la regulación de las coordinaciones sociales era, en las formas sociales más incipientes, pautado a través de elementos de la naturaleza, el movimiento de la luna, los astros, el sol o los cambios estacionales. A medida que la sociedad fue complejizándose por medio del comercio, de los sistemas de producción artesanal a la industria, la siembra sin la atadura a los ciclos naturales de sequía y lluvia, las formas del tiempo fueron constituyendo instrumentos propiamente humanos para pautar y medir los ritmos sociales, surgió el reloj y la cada vez mayor sistematicidad de símbolos de la cultura humana para referir e indicar la medida del tiempo (Eliás, 1997).

En síntesis, en una sociología del tiempo social, sus formas se han ido configurando en una habitación de formas culturales donde las construcciones del tiempo son relativas a su medio socio-cultural y geográfico, aunque coordinados en distintos grados escalares, de lo rural a lo urbano, de la aldea a la globalización, mediante las pautas estandarizadas de medida del tiempo desarrolladas por las sociedades contemporáneas, en ese sentido la memoria es la forma viva de internalización del tiempo en el sujeto; el relato de una generación a la otra, guarda el tiempo vivido en la continuidad identitaria del

grupo, mientras que la historia registra el tiempo externo al sujeto en el documento, entendido ampliamente como toda huella del cambio independiente del sujeto y el grupo que lo vivió. Por ende definir la memoria histórica, comprende una concepción del tiempo social que implica la dimensión del tiempo vivido del sujeto: el testimonio y la dimensión del tiempo registrado de los hechos objetivos: el documento.

El punto de vista sociológico del tiempo del sociólogo Norbert Elias enmarca, entonces, de manera general una explicación del fenómeno del tiempo en la evolución de las sociedades, en donde la memoria y la historia son formas sociales de conocer y guardar la verdad social del pasado, construida por los humanos en relación. Esas cotas conceptuales trazadas dibujan el paisaje de la memoria cuya imbricación en el fenómeno del tiempo social corto y vivo, expresado en el testimonio, la emparenta inevitablemente con los fenómenos históricos de largo tiempo, no hay fronteras disciplinares entre las formas de concebir y practicar el tiempo en las vidas humanas.

En el sentido de la argumentación anterior, la teoría sociológica de la memoria la ha entendido como una forma de conocimiento del pasado, de construcción de la verdad del pasado. Ya se dijo que el tiempo es una construcción social diversa según momento y lugar de los pueblos, varía según las condiciones y complejidad de los sistemas sociales a lo largo y ancho de los devenires de la experiencia humana. Pues en ese modelo teórico del tiempo social, la memoria adquiere más precisamente el estatuto de la condensación activa de esa experiencia, refleja vívidamente el lugar de anclaje y configuración de la subjetividad como fluencia

vivida del mundo social, “el mundo de la vida” (Schutz, 1970) concibe el mundo del tiempo en lo individual entramado en lo colectivo, con la memoria el tiempo adquiere nombre, emoción y sentido, *la memoria* narra vívidamente los eventos del pasado constituye la dignidad de los individuos en su colectividad, de ahí que la memoria no sea solo conocimiento de la verdad del pasado, sino soporte ético-político de la vida digna de los individuos y colectividades, describe la verdad histórica, así como prescribe una necesidad de acción de responsabilidad contra los daños ocasionados a las personas.

La sociología estructuralista de Durkheim que influyó al teórico más conocido de la memoria Maurice Halbwachs, sugiere que la memoria es un asunto de conciencia colectiva, de hecho Halbwachs acuña el concepto de memoria colectiva. Alude a que las personas adquieren su identidad biográfica en función de la identidad colectiva en la cual nació y vivió, la capacidad de recordar se realiza en función de las cohesiones de grupo y su identidad, no hay recuerdos innatos y los individuos recuerdan como efecto de su pertenencia a su familia, clase social, generación etc. (Halbwachs, 2011)

Lo anterior significa que la identidad colectiva guía la subjetividad de los individuos y estos construyen su sentido del vivir en medio de ella, los daños en este hilo a la colectividad: la familia, la comunidad, la nación, dejan sin lazo al sujeto en medio de la sociedad misma cuya constitución de lazos a la memoria se rompe. El punto de vista de Halbwachs sobre la memoria colectiva explica el modo como la subjetividad construye la memoria por medio de lo que denomina los marcos sociales de la memoria, un conjunto de señales identitarias que incorporan a un

sujeto a un grupo en un periodo de la vida social. La incorporación social de la memoria en la construcción del sujeto es un proceso de intersubjetividad que entraña los mecanismos de la cotidianidad más elementales, el conversar, el narrar, el contar, entablan operaciones de recordar en general haciendo del rememorar unos productos de memoria, dándole carta común a los recuerdos que los individuos en el proceso mismo de su vida grupal adquirieron e hicieron suyos. (Fentres, 2003)

La construcción de la memoria, según Halbwachs, está íntimamente entrelazada con el mundo de la vida cotidiana, donde se edifican y apuntalan los constructos de sentido y acción de la realidad macrosocial de las instituciones colectivas, Halbwachs afirma que toda memoria es inevitablemente la relación de la identidad con un grupo de referencia en donde socializan y crecen los individuos pero a su vez este proceso implica la cara subjetiva y vivida de las personas, en su narrar la experiencia de su pasado, en relación a esa comunidad que le produjo una versión de su memoria individual, su propia biografía, ocurre en la cercana con sus pares (Halbwachs, 2011). El yo y el nosotros funcionan interrelacionados en el fenómeno socio cultural de la memoria, el derecho a la memoria tiene por titulares al individuo y a la colectividad. El sujeto de la memoria es construido desde la persona individual, conformando la colectividad y retorna a reconstruir la individualidad. Por ello, la historia que se ocupa del cambio de las sociedades en el tiempo, según la perspectiva de la escuela de los Annales, se articula con el concepto sociológico de la memoria. La historia es un atributo de la memoria, es como se dijo anteriormente, su dimensión externa, documental, una

correspondencia ampliada de este fenómeno social del tiempo; es decir, la memoria es histórica, expresa las tensiones que la fabrican y le imponen silencios, los intereses que movilizan a una organización para ocultar unos acontecimientos y otros visibles, unos dignos de rememorar y otros olvidables, e incluso completamente borrables, la memoria se hace objeto de disputa en el campo ético-político.

La construcción de la memoria, según Le Goff

Ha constituido un hito importante en la lucha por el poder conducida por las fuerzas sociales. Apoderarse de la memoria y del olvido es una de las máximas preocupaciones de las clases, de los grupos, de los individuos que han dominado y dominan las sociedades históricas. Los olvidos, los silencios de la historia son reveladores de estos mecanismos de manipulación de la memoria. El estudio de la memoria es uno de los modos fundamentales para afrontar los problemas del tiempo y de la historia, en relación con lo cual la memoria se encuentra ya hacia atrás y ya más adelante (Le Goff, 1991, p. 134).

La relevancia de esta reflexión del historiador consiste en la importancia que constituye para las sociedades la organización de la memoria, y por ende, el factor de poder en ciernes en la actividad de definir, organizar y concebir la memoria; en ello el poder de los grupos agencian interesadamente el ejercicio de la memoria, de allí su relevancia en el campo jurídico, en el que se ocupa fundamentalmente de los controles y regulaciones del poder, el particular y el estatal, es decir que el fenómeno de justicia en la ciencia del derecho, debe ocuparse de esta

vulnerabilidad a la actividad de hacer memoria por los sujetos individuales y colectivos y construir las condiciones de la memoria histórica como derecho fundamental.

La evidencia de estos juegos políticos de la memoria y con la memoria se encuentra en el desarrollo de sus concepciones, en la historia de ese concepto, las versiones de la memoria son una pugna política, a nivel epistemológico es un archivo estático o es un proceso dinámico; por la tanto es necesario distinguir la actividad o practica mnemónica, de hacer memoria; de los procedimientos, y métodos de archivos o mnemotécnicos. (Le Goff, 1991)

En occidente, particularmente en el campo de la filosofía, la memoria fue por ejemplo categorizada por Aristóteles, quien distinguía la aparición icónica del pasado —el dato mnémico mismo, es decir el recuerdo- de la actividad de rememorar, el ser actividad le hacía decir a Aristóteles que “La memoria es del tiempo”. Que “Todo cambio es destructor (ekstatikón) por naturaleza, y todo se genera y se destruye en el tiempo, pero que, por eso, unos le llaman “el más sabio”. (Ricoeur, 1999, p. 2) La capacidad de destrucción del tiempo contrastada por Aristóteles con la capacidad generativa, definen para la memoria, ya que pertenece al tiempo, esos dos atributos: de conservación, que destruye el tiempo en el sentido de su cristalización en icono, el rastro o la huella; pero a su vez es generadora del tiempo, pues es el recuerdo es organizable, categorizable, en suma elaborable, es una actividad narrable.

En *La memoria, la historia, el olvido*, Ricoeur señala como para Sócrates el legado de Mnemosine es un alma que es arcilla formable, moldeable; con ello se

enfatisa el carácter elaborable o blando de la memoria como materia plástica, actividad del sujeto que delinea, traza, configura abiertamente el propio contenido de su pasado en la actividad del presente. Así también, Ricoeur resalta, la actividad mnémica de la conciencia del pasado, dice Ricoeur:

El vínculo original de la conciencia con el pasado reside en la memoria. Sabemos que la memoria es el presente del pasado. Esa continuidad entre el pasado y el presente me permite remontarme sin solución de continuidad desde el presente vivido hasta los acontecimientos más lejanos de mi infancia. Quizá habría que decir que los recuerdos se distribuyen y se organizan en niveles de sentido o en archipiélagos separados posiblemente mediante precipicios, y que la memoria sigue siendo la capacidad de recorrer y de remontar el tiempo, sin que nada en principio pueda impedir que continúe sin solución de continuidad ese movimiento (Ricoeur, 1999, p. 3).

La definición de Ricoeur permite determinar claramente la significación conectiva de la memoria como actividad del presente, es decir aunque a la memoria la constituye el pasado es el proceso de hacer sentido de este pasado lo que define la naturaleza de la memoria, su significación. Es por ello que hay una relación intrínseca o fluida en la construcción de la memoria histórica entre lo individual y lo colectivo, los individuos son los hilos que traman la relación de un tejido amplio que es la colectividad, una estructura de relaciones abierta sistémicamente: la sociedad; a ese respecto concluye Le Goff:

Los fenómenos de la memoria, ya en sus aspectos biológicos, ya en los psicológicos, no son más que los resultados de sistemas dinámicos de organización, y existen sólo en cuanto la organización los conserva o los reconstituye (Le Goff, 1991, p. 132).

La contraposición en la significación de la memoria y la historia, es a todas luces una tensión conceptual con efectos políticos para el uso del término memoria histórica, esencialmente ligada a los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación de eventos de vulneración sobre sus derechos fundamentales por acciones cruentas. Como se indicó más arriba en *Las polémicas sobre la memoria*, la historia como disciplina se pretende separada epistemológicamente de los rastros subjetivos y emocionales que conllevan los elementos vivenciales de los individuos y colectivos, tal punto de vista emplaza a la memoria como una actividad no constructora de la verdad del pasado, sino perteneciente a una literatura testimonial, persiste no solo una separación racional-emocional entre historia y memoria, sino un adentro-afuera entre memoria e historia. Sin embargo, esa separación es cuestionable; el modo como el pasado llega a la conciencia presente es mediada por el relato, la narrativa; para Hegel, filósofo de la historia del S. XIX; en su texto *La fenomenología del espíritu*, la historia conceptualmente entendida conforma la memoria y el lugar del cráneo donde reside el espíritu absoluto (Hegel, 1993), la memoria y la historia no son entonces excluyentes sino aspectos complementarios del tiempo social; no obstante, tal separación de la disciplina histórica con los estudios de la memoria persistirá en las formas de concepción del tiempo social, hasta el siglo XX.

La memoria histórica

El concepto de memoria histórica aunque de uso frecuente en los trabajos de la memoria, sobre todo en relación a la “recuperación” de los hechos en contra de las víctimas de eventos de guerra, y atropello, no es un término sencillo en las disputas conceptuales. Como se ha discutido en el apartado anterior sobre las polémicas de la memoria, este concepto ha estado en medio de una tensión teórica sobre la verdad del pasado humano entre la memoria y la historia como disciplina; por ello, al cabo de sus usos ha venido desarrollándose más como una categoría ético-política, antes que como categoría puramente explicativa, teórica o de pretensión historiográfica y “objetiva” del pasado.

Los antecedentes del termino memoria histórica se encuentran desde 1925 junto al de memoria colectiva con los escritos del sociólogo Maurice Halbwachs, ya citado arriba, y los de un área de los estudios sociales acerca de la llamada *Psicología colectiva*, no obstante el término al cabo de las décadas adquirió una irregularidad nominal, pasando de colectiva, a social, publica, común, grupal etc., que ha hecho cuestionar semánticamente su utilización. Sin embargo, junto al de memoria colectiva se comenzó a usar el término memoria histórica, cuyo papel fue fundamentalmente vindicativo o de acción social (Vázquez, 2001), es decir a esta categoría la determina su carácter enfáticamente ético-política, como instrumento de reconstrucción del pasado y de intervención sobre el futuro organizativo e identitario de aquellos que fueron objeto de vejaciones en el pasado. Esta es la perspectiva que este texto afirma, cuando supone la posibilidad de un derecho de

construcción de la memoria histórica como fundamental, es decir se justifica en una premisa ético-política.

La connotación citada del término memoria histórica para designar la actividad de los grupos de rehacer la historia compartida entre todos, constitutiva de su identidad, con propósitos organizativos y vindicativos, han hecho de la memoria histórica un tema de relevancia fundamental. Charles Blondel en su texto *Introducción á la Psychologie collective* de 1934 usa el término memoria histórica, para definir como la biografía personal se inscribe necesariamente en un relato histórico organizado, sin el cual la biografía es deleznable o imposible de engancharse a sus coordenadas mayores, la memoria histórica es entonces un relato personal intergeneracional integrado a un relato histórico de largo periodo (Blondel, 1934). Un poco más tarde para Nogue en *Memoire et personne* de *los presses de Paris* en 1951 usa el termino memoria histórica como el modo como los recuerdos individuales son posibles en un entramado social, es decir la red colectiva de la historia proporciona por decirlo así, los ganchos donde se cuelgan los recuerdos individuales dándoles su sentido (Noque, 1951). Halbwachs precisaría aún más esta correspondencia entre memoria autobiográfica y memoria histórica afirmando que *la historia de nuestra vida hace parte de la historia en general* pero que tal interdependencia de ambas historias solo se realizan como historia vivida, es decir en la memoria, por ende una memoria histórica no es la historia esquemática de los acontecimientos y hechos esquemáticos, sino el relato vivido y experiencial del grupo al que pertenecemos con el límite en su escala intergeneracional. Es decir, la identidad y organización de un grupo permanece

mientras perviva la memoria histórica que le otorga tal consistencia, de lo contrario tenderá a su deleznamiento paulatino desaparición como grupo social con la desaparición de la memoria viva. (Halbwachs, 2004)

En 1978 Pierre Nora desenvuelve a la memoria histórica de su carácter vivencial proponiendo una memoria histórica analítica, erudita y crítica, es decir la hace equivalente a la historia como disciplina, “La memoria histórica filtra, acumula, capitaliza y transmite; la memoria colectiva conserva un momento el recuerdo de una experiencia intransferible, borra y recompone a su capricho, en función de las necesidades del momento, de las leyes de lo imaginario” (Nora, 1988, p. 456). Como se lee restablece la oposición memoria vivida y memoria histórica como la vieja dicotomía memoria ámbito emocional vs historia ámbito racional o científico.

A este respecto Lavabre M. ha respondido reconfigurando el análisis de la memoria histórica diferenciándola de otras tres formas de relación con el pasado social, una común, una colectiva, la disciplina histórica misma y la memoria histórica. En la memoria histórica confluye la procura legitimizante de una historia grupal, y el carácter conmemorativo o instrumental político de tal legitimización, es decir “el proceso por el cual los conflictos y los intereses del presente operan sobre la historia” (Lavabre, 2006, p. 43). Tal definición incorpora entonces el atributo ético-político de la memoria histórica y por lo tanto su carácter activo no meramente descriptivo del pasado de un grupo social.

Los estudios de la memoria histórica se van configurando en esa dimensión con la aparición desde 1970 a hoy, de los giros subjetivo, hermenéutico y lingüístico en las ciencias sociales. El cambio subjetivo alude a la experiencia vivida como

condición del pasado humano (Sarlo, 2005), la vuelta hermenéutica al carácter interpretativo o de sentidos del pasado en torno a que la memoria es un marco de producción de significados del pasado mediante un discurso narrativo –giro lingüístico- (Ricoeur, 2003). Estos nuevos aspectos que dan una perspectiva nueva a la memoria histórica, surgen con el cambio epistemológico de los estudios pos-estructuralistas como poscoloniales en el caso de América Latina.

Para finalizar este panorama general de las formas conceptuales del término memoria histórica, es necesario resaltar la conceptualización de Benjamín, quien incorpora la memoria histórica como derecho de las víctimas. Es decir la vincula fundamentalmente al trabajo de restablecimiento de la dignidad y fortaleza de los oprimidos. En su tesis de filosofía de la historia, afirma que es esencial diferenciar el pasado de los oprimidos de los opresores:

El cronista que narra los acontecimientos sin distinguir entre los grandes y los pequeños, da cuenta de una verdad: que nada de lo que una vez haya acontecido ha de darse por perdido para la historia. Por cierto que sólo a la humanidad redimida le cabe por completo la suerte de su pasado. Lo cual quiere decir: sólo para la humanidad redimida se ha hecho su pasado citable en cada uno de sus momentos (Benjamín, 2005, p.p. 19 -20).

En suma para Walter Benjamín, y en ello su definición política de la memoria histórica esta en conexión con la teoría crítica de la de Escuela de Frankfurt, hacer memoria histórica es la responsabilidad de restaurar el pasado de aquellos que han sufrido en el tiempo del pasado social, con lo cual se revelan las

responsabilidades de quienes han hecho y procurado el daño, que suele ser ocultado en la memoria oficial del Estado. Resiste como forma de conocimiento de la memoria de los marginados a la imposición de la memoria de los poderosos, ello remite entonces al carácter doble de la memoria histórica, es derecho de las víctimas pero a su vez es deber del Estado.

El deber de memoria surge a la vez como la necesidad del superviviente o la víctima de obtener justicia a los daños causados, en su doble carácter de testigo y superviviente. Adorno T. lo expresa como la obligatoriedad de que un evento como los campos de exterminio de la segunda guerra no vuelva a ocurrir. (Adorno, 1984).

La memoria histórica es pues una categoría ético-política con propósitos vindicativos de aquellos que han sufrido daños por los poderosos, busca otorgar identidad, y organización futura a las víctimas en consonancia con su derecho a la verdad, que por ende es simultáneamente, derecho a su memoria histórica sin que este sea un relato estatal u oficial sin su participación, de ahí lo importante de discutir su condición de derecho.

CAPÍTULO TERCERO

LA MEMORIA COMO DERECHO: EL DERECHO A LA MEMORIA

El tema que atañe como eje a la reflexión total de este texto, es el de la memoria como derecho; se ha seguido la historia de las tensiones conceptuales de la memoria en la primera parte, se presentó un marco sociológico, y desde la historia del término, de la memoria histórica en su doble aspecto experiencial y documental en la segunda parte. En este punto se expondrá el contexto y desarrollo del derecho a la memoria, una problemática que incluye tanto su presencia terminológica en el marco de las concepciones del derecho como su concepción al interior de la cultura jurídica que integra lo justo relacionado con la memoria y la verdad jurídica.

La memoria en el Derecho: Sociología o Ciencia Jurídica

El problema de la memoria en el contexto del derecho, es visto desde varios caminos, los dos más relevantes son la memoria como fuente testimonial de la verdad judicial o jurídica y la segunda la memoria como derecho y bien fundamental de los individuos y las colectividades, aunque parecen dos temas de significación diferente en el campo jurídico, si se reflexiona con más detenimiento su distinción es opaca.

La memoria es fuente primaria del derecho, tanto para su propia evolución y desarrollo histórico, como fuente testimonial para la verdad judicial, en ambas

dimensiones lo constituye y lo estructura. El derecho vivo ha mantenido una ardiente discusión con el punto de vista positivista, acerca del carácter de la ciencia jurídica, una formación procesual de costumbres generada en las relaciones socio-históricas, es decir una sociología del derecho o un sistema auto organizado de normas, es ya clásico el debate de Kelsen y Ehrlich acerca de la naturaleza del fenómeno jurídico.

La relación de la memoria con el derecho vivo hace relevante esta polémica. El argumento Ehrlich de entender el fenómeno jurídico como un fenómeno social y por ende del ámbito de la sociología del derecho, se sostiene en la idea de que en la práctica del derecho este es una organización de normas históricamente constituidas en constante cambio según las relaciones “vivas” de la sociedad. Ello implica entonces que la constitución misma del fenómeno jurídico implica la memoria, acude a la costumbre y la tradición para conformarse, y regular los comportamientos entre los sujetos, “el Derecho, es, antes que nada, organización, es decir, orden constituida por reglas del obrar, en virtud de las cuales los hombres no sólo actúan en su vida real, sino que también deben actuar” (Morchón, 1976, p. 187)

En contraposición, Kelsen sostuvo el fenómeno jurídico como el conjunto de proposiciones en un sistema codificadas estatalmente para proporcionar a los jueces los criterios de aplicación de la legalidad, es decir es un sistema de decisiones para los funcionarios judiciales del Estado a partir de los cuales se realiza la exegesis, sin ninguna relación con los acontecimientos sociales reales, por ende es una especie de derecho sin memoria social pues no se nutre de la vida de

la sociedad sino de la legalidad establecida, es un derecho de Estado, afirma Morchón:

la concepción del Derecho, como un conjunto de normas de decisión, la jurisprudencia «práctica» tradicional ha ligado el concepto del Derecho a la función de los jueces y demás autoridades del Estado definiendo en definitiva el fenómeno, jurídico como fenómeno estatal. Todo el Derecho, lo ha reducido, a Derecho del Estado. (...) La jurisprudencia dominante, pues, tiene una visión parcial y al mismo tiempo errónea del Derecho, al no situarlo en el ámbito que le corresponde, a saber, el de la vida social de los hombres (Morchón, 1976, p. 187).

Ahora bien, la idea de que el derecho es fundamentalmente forma social, también olvida -afirma Morchón desde la posición de Kelsen- que la fuente jurisprudencial es en primera medida, el origen del análisis jurídico, es decir el establecimiento de la decisión judicial, halla ámbito natural en la historia de las decisiones judiciales al interior del sistema normativo, en la forma como otros jueces en otro momento decidieron respecto de una situación jurídica particular. El sistema legal, pues, tiene su propia memoria jurídica, interna; distinta de la memoria social, externa. El argumento de Kelsen gira en torno a que no es posible que una forma de regulación social obligue a una forma de regulación legal, con lo cual el que se acostumbre un comportamiento en un grupo, es irrelevante frente al hecho jurídico, así este lo contradiga. (Morchón, 1976)

Por lo tanto, el debate citado, acerca de la naturaleza del derecho como fenómeno social o normativo, describe el lazo del derecho con la memoria, es un vínculo

que tanto la perspectiva de la sociología del derecho como la del formalismo jurisprudencial, constatan. Se encuentra también en la common law, y el derecho consuetudinario o en la referencia de Sófocles en Antígona al acudir al derecho de sus ancestros antes que al formalismo, la tradición es la memoria de los pueblos, y conecta con la dignidad humana, un valor que aunque existía ya en la filosofía natural de los griegos solo concreta como declaración de derechos humanos en la Francia revolucionaria. Que sostuvo tal dignidad en la individualidad de la naturaleza humana, solo en la posterior declaración de 1948, en la segunda generación de derechos humanos se integra los derechos sociales y culturales, donde podemos vincular el derecho a la memoria como parte de los derechos colectivos, sobre todo en relación con el tema de las víctimas y su derecho a la verdad.

Marco Jurídico Internacional y Avances al Marco Jurídico en Colombia

La segunda guerra mundial no solo trajo el holocausto, inauguró una demanda social y cultural de la humanidad por la memoria. Una avalancha memorialista comenzó con los desastres de la segunda guerra, el deber de memoria como el derecho a ella y la verdad, justicia y reparación que entrañaba, se convirtió a partir de ahí en una constante, la ironía es que los desastres contra la memoria social, en lugar de detenerse con su incorporación como derecho a la verdad en los protocolos de ginebra de 1949, se aumentaron de modo desafiante.

La memoria como derecho inalienable e imprescriptible en orden de la legislación es inseparable de la justicia transicional, emerge efectivamente como medida de

garantía de reconciliación tras el suceso de graves violaciones de derechos humanos. Así a partir de la década del cincuenta del S. XX, las comisiones de la verdad abrían paso a una estrategia de justiciabilidad con las víctimas y la necesidad de una memoria social que impidiera su repetición.

El informe Joinet de la comisión de los derechos humanos de 1997 enmarca y define los términos de verdad, justicia y reparación atendiendo en el principio del derecho a la memoria, más tarde en el 2006 es consagrado como imprescriptible, sin restricción, sin suspensión, por la alta oficina del alto comisionado de los derechos humanos en relación al derecho a la verdad. La definición que en principio se relacionaba exclusivamente con las víctimas de los conflictos armados se amplió a las ejecuciones extrajudiciales y la tortura.

El derecho a la memoria esta sobre condicionando como presupuesto el derecho a la verdad que está definido por la comisión de derechos humanos del 2005 como

el derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves de las normas internacionales de derechos humanos, así como a sus familias, en el marco del sistema jurídico interno de cada Estado, de conocer la verdad sobre esas violaciones, en particular la identidad de los autores y las causas, los hechos y las circunstancias relacionados con las violaciones (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2005, p. 2).

Como se lee en esta definición la verdad es en principio exclusivamente vinculada de manera individual a la víctima y sus familiares, con lo cual se deja de lado en gran medida la dimensión colectiva de la verdad, aunque posteriormente el informe Joinet del 2006 corrige tal énfasis al afirmar que el derecho a saber concierne a la sociedad entera, como un deber de hacer memoria que atañe al Estado como agente fundamental de la reconstrucción de la memoria histórica.

La memoria es en este sentido entendida sobre todo como un instrumento de la justicia transicional, para la reparación de y obtención de justicia, como se señaló en la primera parte, en la que se desarrollaron las concepciones de la memoria, ésta en sus dimensiones, sociológicas, filosóficas y jurídicas permite el desarrollo de una identidad social que ha sido dañada tras el ejercicio de los conflictos.

Ya la jurisprudencia de la corte interamericana ha contribuido a determinar el derecho a la memoria, a pesar de que no existe en los derechos humanos un derecho explícito a la memoria histórica. En el caso *Cevallos* del Ecuador, el Estado fue compelido a nombrar escuelas y calles con el nombre, en Guatemala en el caso *Villagran* la corte determinó que se nombrará una escuela con su nombre con el propósito de construir la conciencia colectiva de la memoria histórica.

La Memoria, Recordar y Olvidar

¿Por qué el derecho a la memoria enfrasca la discusión de porque recordar, o porque olvidar? Si se recorre el texto anterior, se ha afirmado que olvido y

memoria son una relación dialéctica. Lo cual quiere decir que el derecho a recordarlo todo dibuja un cuadro imposible, los claros y oscuros hacen la forma de la memoria histórica en sus aspectos biográficos y colectivos, esos marcos sociales que indicados por Halbwachs le dan la oportunidad a los grupos de configurar una identidad y un territorio.

Una necesidad de recordar ocurrió, como se dijo antes, a partir de la mitad del siglo XX, una avalancha de “memorialidad” colmó a todo nivel a la sociedad humana, tras los acontecimientos de la segunda guerra la humanidad no quería olvidar. Por primera vez los subalternos obtenían un derecho humano a su memoria, su cultura, su identidad. No solo al nivel de las víctimas precio pagado por algunos como Bloch, el historiador, quien defendió el testimonio como fuente de la memoria histórica, Benjamín y Levi Pierre, sobrevivientes de los campos de exterminio, quienes atestiguaron la exigencia de la memoria y el testimonio que, como definimos más arriba, es el superviviente y testigo directo del acontecimiento, su propia verdad del dolor.

Sin embargo, fue también notorio la posibilidad de olvido selectivo. Benjamín señaló por ejemplo que en el recordar había que abandonar el deseo de recuperación en sí del pasado cuya imposibilidad es evidente, porque en ese intento relumbra un peligro, ante el que es obvio, como ya señalábamos acerca de cómo la memoria de estado, oficial, cruza políticamente a la memoria, y realiza olvidos activos, constituye memorias hegemónicas y oficiales impidiendo las memorias de los subalternos; es mejor dice Benjamín recuperar el resplandor de esperanza. (Benjamín, 2005)

¿Por qué las formas del recuerdo y las decisiones del olvido establecen entonces un vínculo con un deber de memoria y a la vez con el perdón? En el caso colombiano estos dos aspectos no podían darse en pleno conflicto armado; el ejercicio de una andanada de memorias de todo tipo, de fenomenologías de la memoria sin una transición franca y evidente de nuestro conflicto armado, parecía en realidad un trabajo contracorriente, “trazos en la arena”, como integrar esta verdad de la memoria a la dimensión judicial, y que garantizará a nivel substancial el derecho a la justicia por las víctimas. Por ende la relación entre recordar y olvidar era una compleja relación subjetiva, política, judicial e identitaria a nivel colectivo e individual, relación que a su vez que no podía plantearse banalmente el perdón en medio de la guerra.

Sectores académicos, organizaciones de víctimas, conjuntos comunitarios, regionales o locales, se hundían en una red de discursos, narrativas y mercados de la memorialidad sin un referente de cambio vivo en el sistema de regulaciones del conflicto, en suma un proceso de paz. Es aquí donde se entiende como la concepción jurídica kelseniana del derecho formal se enfrenta a la socio jurídica, el derecho vivo es la sociedad misma, y en el contexto colombiano el deber-derecho de memoria solo puede ser realizado en su plena concreción en el marco de la transición hacia la paz, en ese marco de justicia transicional se debe obtener para todos el derecho a la memoria, la simetría entre reparación, justicia y verdad a las dimensiones individuales y colectivas de la memoria histórica en garantía de no repetición, a la que la ley de víctimas señalo ya el camino, y en la que es indispensable una construcción de la memoria histórica como derecho

fundamental en Colombia, para que no sea una memoria de Estado la que determine las formas del pasado de los grupos sociales que en este conflicto han sido los objetivos de los más poderosos.

Hasta ahora el carácter del derecho a la memoria en la historia del derecho se ha aparecido como una conceptualización filosófica, sociológica, y de incorporación en el sistema jurídico como verdad judicial o como la historia genética de los sistemas legales entre formalismo y realidad viva del derecho; este apartado final hará la descripción de la aparición del derecho a la memoria como acontecimiento jurídico, y no ya como se nombró antes como mera verdad judicial, o como fuente del desarrollo del sistema legal mismo, sino puntualmente desde el contexto actual que vive el país en torno al proceso de paz y al marco de la justicia transicional; así como a los nuevos desafíos que convoca el hecho de hacer de la memoria un derecho perenne que sustente la construcción de una sociedad reconciliada y en paz luego de más de 50 años de conflicto armado.

La justicia transicional (JT)

Abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011, párr. 41).

Dentro de esos procesos y mecanismos que se establecen en cada sociedad para resolver problemas y lograr la reconciliación se enarbola la memoria como

herramienta no solo que aporte al esclarecimiento de los hechos, a la reparación moral de las víctimas y de la sociedad, sino a ampliar el derecho fundamental de las comunidades a construir la memoria y constituir sus sentidos de vida, sus propios mecanismos de reconstrucción del tejido social con miras a establecer la memoria como un espacio de la pedagogía como aporte de la memoria como garantía de no repetición.

De ahí la importancia de establecer la memoria con un marco jurídico que la legitime, legalice y proteja, que sea una memoria polivocal, que no se amañe a una univocidad en el relato, que sea dinámica, incluyente como parte del corpus social que requiere el país en su reconocimiento y producción de sentido como nación.

Se reconoce

el deber de memoria, como deber del Estado se traduce en propiciar las garantías y condiciones necesarias para que la sociedad, a través de sus diferentes expresiones tales como víctimas, academia, centros de pensamiento, organizaciones sociales y de derechos humanos, así como los organismos del Estado que cuenten con competencia, autonomía y recursos, puedan avanzar en ejercicios de reconstrucción de memoria como aporte a la realización del derecho a la verdad del que son titulares las víctimas y la sociedad en su conjunto (Ministerio del Interior y de Justicia, 2011, p. 33).

El derecho a la memoria, ha de estructurarse desde las herramientas que abre la justicia transicional en el país, del deber de memoria del Estado como se concibe

desde el ámbito internacional, pero ante todo se debe potenciar todo el marco jurídico y de acción de manera que se pueda establecer el derecho a la memoria como parte de las instituciones del estado que buscan aportar y fortalecer los procesos de justicia más allá de la coyuntura y transicionalidad de los acuerdos de paz con los grupos alzados en armas.

La memoria puede plantearse como un legítimo derecho individual y colectivo, reconocido jurídicamente, que puede ser entendido como el derecho a entender y elaborar el pasado. De esta manera, la memoria resulta necesaria en el campo de la justicia, en tanto, del conocimiento de la verdad del delito, de su difusión pública y de la preservación del recuerdo de la víctima, depende en alto grado que la impunidad no se prolongue en el tiempo (Suárez, 2012, p. 175).

Revestir a la memoria como derecho fundamental, esta cimentado en la necesidad de los seres humanos de encontrar una reparación integral, no solo dentro de las consecuencias suscitadas por las dinámicas de las guerras, sino por el transcurrir de la vida en sociedad en donde se presenten hechos de violencia donde se atente contra la vida. La memoria no solo constituye una piedra angular en la búsqueda de la verdad y la justicia, también es la manera de asegurar que las comunidades, las sociedades estructuren, fortalezcan y difundan la cultura, la identidad y la no violencia como forma y defensa de la vida, en ello las comisiones de la verdad han sido el paso natural a la construcción de la memoria histórica.

Comisiones de la verdad

Las comisiones de la verdad en consonancia con los derechos de las víctimas a la verdad han sido creadas en la historia de las justicias transicionales de los acuerdos de paz para, uno satisfacer la demanda de responsables, establecimiento de sus acciones, conocimiento de detalles geográficos, temporales y procedimentales de sus actos y segundo para reconocer a las víctimas tanto sus derechos de justicia como a la verdad, y a la sociedad en general junto a ellas, la oportunidad de la reconciliación, lo cual involucra tanto el perdón como cierta amnesia razonable o amnistía para restablecer un nuevo contrato social fundado en la reparación de la confianza pública.

En Colombia la primera comisión se creó como un Informe acerca de la violencia, fue la de Fals, Umaña Luna, y Guzman en 1964. Fue un titánico trabajo que por primera vez abordó el relato testimonial de los campesinos y directos afectados por la violencia partidista en todo el país para construir una memoria ajustada a las realidades territoriales de la violencia de los cincuentas. No obstante, ni el mundo político se abrió, ni el mundo sociocultural de los más oprimidos fue reconocido o atendido en sus demandas, tanto el frente nacional negó la diversidad política, como el mundo urbano invisibilizó al rural, el informe de la violencia se integró a los anaqueles académicos pero no a la realidad colombiana. (Centro de Memoria, Paz y Reconciliación - CMPR, 2014)

Los diálogos de paz con el M-19, durante el gobierno Barco, a finales de los ochentas generaron un informe de la violencia llamado *Violencia y democracia*. Este informe de la violencia se alejó, por decirlo así de los testigos de la violencia,

se academizó cuanto que se dirigió a la explicación “violentologica” de las “violencias”, pues consideró que la mirada sobre el tema se concentraba en exclusiva en el narcotráfico y el conflicto armado. Sin embargo, también incluyó el tema de la violencia socio-cultural del Estado sobre las minorías étnicas, que en este caso, aunque sus recomendaciones sobre la anarquización de los territorios, no fueron tomadas en cuenta, sí sirvió de insumo en el reconocimiento de las minorías en la constitución de 1991. (Centro de Memoria, Paz y Reconciliación - CMPR, 2014)

En 1992, el informe *Pacificar la paz* resultado de la comisión de superación de la violencia, mapea los grupos armados, desmovilizados y no desmovilizados, describe la ocupación de los territorios por los paramilitares y expresa la necesidad de una reforma política para la reinserción de los grupos subversivos. Sin embargo, como es evidente es un informe nuevamente de carácter expresamente académico, oficial y con efectos tangenciales sobre la política pública de paz y reconciliación del país y aunque se socializó territorialmente mediante talleres fue una construcción de memoria de una sola vía, del Estado hacia abajo. (Centro de Memoria, Paz y Reconciliación - CMPR, 2014)

La ley de víctimas del 2011 crea el centro de memoria histórica, y este en el 2013 publica el informe ¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad, informe que abarca el análisis de la violencia en Colombia de 1958 al 2012, (Centro de Memoria, Paz y Reconciliación - CMPR, 2014). En este informe atendiendo al mandato legal que la ley 1448 determinaba para atender el derecho de las víctimas, se realiza un acercamiento exhaustivo a la categoría de memoria

histórica como enfoque teórico de su acción investigadora. En ese sentido realiza tanto una revisión documental del periodo como una escucha sistemática de los testimonios de las personas, de sus memorias, es quizá el más completo de los informes realizados sobre la verdad del conflicto armado en Colombia desde el trabajo de Fals Borda, Umaña luna y el sacerdote Guzmán.

Los informes citados que suelen ser identificados con comisiones para el establecimiento de la verdad en procesos de reconciliación, no lo han sido en verdad. Una comisión de la verdad para la construcción de la memoria histórica de la sociedad exige el fin del conflicto armado, no hay posibilidad ni social, ni política, ni judicial, de determinar una reconciliación social basada en la verdad de los hechos de una guerra si esta no ha desaparecido, es perogrullo afirmarlo, pero la experiencia colombiana, ha demostrado ser refractaria a su propia memoria.

Otro factor analizado en estas experiencias de registro de la memoria del conflicto armado y las violencias es el que es el Estado y las instituciones académicas, las que se han encargado de producir las formas de la memoria histórica. Aunque las personas que han sufrido los embates de la guerra y las violencias han sido insumo de elaboración de los informes, ellas no han sido responsables de la construcción de su propia memoria. No es irrelevante afirmar, desde la perspectiva de este texto, que es un imperativo ético-político el que el derecho a la construcción de la memoria histórica se inscriba constitucionalmente de manera expresa como derecho fundamental. Es una decisión política, pero a su vez un imperativo ético el que la memoria histórica de la sociedad sea elaborada por ella misma y no en exclusiva por el aparato del Estado, que aunque es el agente

natural defensor de los derechos de sus ciudadanos, también ha demostrado, ya en la práctica, ser una institución violadora de ellos. Los ciudadanos deben tener el derecho fundamental a construir la memoria histórica de la sociedad colombiana.

CAPÍTULO CUARTO

REFLEXION FINAL Y CONCLUSIÓN

Las condiciones para construir conceptual, jurídica y socialmente el derecho fundamental a la construcción de la memoria histórica son del orden ético-político. La práctica ciudadana para el ejercicio de la reconciliación social en un país atormentado por décadas de conflicto armado y violencias asociadas, pasa por la construcción de una memoria histórica cuyo imperativo político no da espera, en medio de los acuerdos de la Habana.

Las condiciones que dieron contexto a las concepciones de la memoria y al derecho a la memoria, la forman los derechos humanos desde la segunda posguerra, integra los aspectos individuales y colectivos de los derechos de las víctimas a la verdad y a la construcción de su memoria histórica; las luchas de las organizaciones de víctimas, elementos filosóficos en cuanto las escuelas del iusnaturalismo y luego el racionalismo establecieron las fuentes de los derechos fundamentales.

En el substrato de un derecho a la verdad, el concepto de memoria histórica como reconstrucción de la vida personal y colectiva de los pueblos, exige un Estado de derecho garante de esa libertad de elección de búsqueda de la identidad y territorialidad en una tradición y una memoria, pero sobre todo un principio fundamental de memoria histórica que de garantía a la participación de las personas en esa reconstrucción. Tal participación, es a todas luces un proceso

resultante de la forma transformadora de una perspectiva de memoria histórica de acción social.

El concepto de memoria histórica se identifica, a pesar de las polémicas teóricas, con una perspectiva de redención de la víctima en un proyecto de sociedad que respete su derecho al territorio y su identidad como grupo, es un concepto que une el aspecto subjetivo de la vivencia y experiencia individual con el aspecto historiográfico del documento y el dato, por ello es simultáneamente descriptivo del pasado como prescriptivo de la esperanza. Las dimensiones individuales y colectiva de la memoria histórica, así como las justificaciones de orden político-económico derivables de la conexidad filosófico-político permiten configurar el carácter de salvaguarda de los subalternos, de los oprimidos, como afirma Benjamín; la protección de los derechos de los individuos y los pueblos y su cultura en su memoria histórica como su extensa red de sentido e identidad; el derecho a la memoria se nutre de los factores socio jurídicos del derecho, entender el tema de la memoria como derecho requiere comprender la situación del derecho en el contexto de la sociedad humana. Tal situación creó los acontecimientos que dieron la realidad a los derechos de las víctimas a la verdad y a la memoria, en las declaraciones de 1948, y en las respectivas jurisprudencias de las declaraciones de la CIDH, del informe Joinet así como de los protocolos de ginebra de 1945 y 1977, Así como en los antecedentes colombianos en la generación de comisiones de investigación y descripción del largo conflicto armado, y que ha hallado su más acabada forma jurídica en la ley de victimas que creo el Centro de Memoria Histórica en el 2011.

No obstante, y este es un argumento esencial en la construcción de un derecho a la memoria, su base epistemológica está basada entonces en una relación dinámica, procesual, desde el presente de los pueblos que elaborando su pasado construyen una visión de futuro, he ahí la importancia fundamental de recordar y hacer de la identidad de una sociedad una memoria justa: simetría o correspondencia entre la elaboración colectiva de la memoria a través del testimonio de los individuos, que son la memoria personal de la sociedad.

Por último este texto se plantea un desafío, respecto de la construcción de un derecho fundamental a la memoria histórica, y es ¿Cómo crear los mecanismos institucionales y organizativos para la participación de las víctimas en la construcción de su memoria histórica? ¿Cuáles son los caminos jurídicos de un sistema de nacional de construcción de la memoria histórica, donde la comisión de la verdad sea su fuente fundamental, y las personas que sufrieron la guerra su protagonista?, tales interrogantes se articulan con la conclusión fundamental de este texto:

La memoria histórica debe ser interpretada como un derecho fundamental, se traduce en un derecho fundamental que cumple la función de mantener y maximizar la dignidad humana. Las dificultades dogmáticas son fácilmente superables conforme a la doctrina actual de la Corte Constitucional sobre los derechos fundamentales. Más difícil resulta llenar de contenido el concepto de memoria histórica y derivar de ello las consecuencias prácticas de mandatos o abstenciones.

REFERENCIAS

- Adorno, T. W. (1984). *Dialéctica negativa*. Madrid: Taurus
- Alexy, R. (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*. Recuperado de:
<https://derechofunlam.files.wordpress.com/2016/05/teoria-de-los-derechos-fundamentales-robert-alexey.pdf>
- Arango, R. (2005). *El Concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Atkinson, R. C. & Shiffrin, R. M. (1983). *Lecturas de psicología de la memoria*. Madrid: Alianza Editorial.
- Baer, A., (2006). *Holocausto. Recuerdo y representación*. Madrid: Losada.
- Benjamín, W. (2005). *Tesis sobre la Historia y otros Fragmentos*. México: Contrahistorias.
- Bergson, H. (1977). *Memoria y vida. Textos seleccionados por Gilles Deleuze*. Madrid: Alianza editorial.
- Blondel, Ch. (1934). *Introduction à la Psychologie collective*. París: Librairie Armand Colin.
- Cadirola & Mc Donell, (s.f.) Gubernamentalidad en Foucault. Crítica al modelo soberanía – gobierno. *Herramienta debate y crítica marxista*. Recuperado de:
<http://www.herramienta.com.ar/coloquios-y-seminarios/gubernamentalidad-en-foucault-critica-al-modelo-soberania-gobierno>.
- Centro de Memoria, Paz y Reconciliación - CMPR (2014). *Detrás del espejo, los retos de las comisiones de la verdad*. Bogotá: Edición CMPR

Chinchilla, T. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis.

Dworkin, R. (1977) *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.

Elías, N. (1997). *Sobre el tiempo*. México: Fondo de Cultura Económica FCE

Fentres, J. (2003). *La memoria social*. Madrid: Catedra.

Garzón, S. & Moreno, E. (2010). *La memoria histórica*. España: Ediciones Catarata.

Gnecco, C. (2000). *Memorias hegemónicas, memorias disidentes: la domesticación política de la memoria social*. Bogotá: Universidad del Cauca.

Halbwachs, M. (1968). *La mémoire Collective*. Traducción de Amparo Lazen. Recuperado de: http://ih-vm-cisreis.c.mad.interhost.com/REIS/PDF/REIS_069_12.pdf

Halbwachs, M., (2004). *Los marcos sociales de la memoria*. Barcelona: Anthropos

Halbwachs, M. (2011). *La memoria colectiva*. Buenos Aires: Miño y Dávila Editores.

Hegel, G.W.F. (1993). *Fenomenología del espíritu*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica FCE.

Isa, G. Felipe. (2005). *El derecho a la memoria*. Gipuzkoa: Ediciones Alberdania.

Joinet, M. (1997) *La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos)*. Recuperado de: <http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html>

Judt, T. & Snyder T. (2012). *Pensar el siglo XX*. Madrid: Taurus.

Lavabre, Marie-Claire, (2006) *Sociología de la memoria y acontecimientos*

traumáticos. En: Aróstegui, J. & Godicheau, F. (Eds.). *Guerra Civil. Mito y memoria*. Madrid: Marcial Pons

Le Goff, Jaques. (1991). *El orden de la memoria. El tiempo como imaginario*. Barcelona: Paidós

Locke, J. (1689). *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Recuperado de:
http://getafe.es/wp-content/uploads/Locke_John-Ensayo_sobre_el_entendimiento_humano.pdf

Mantzavinos, C. (2016). Hermeneutics. *Stanford Encyclopedia of Philosophy* [versión electrónica]. Recuperado de:
<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/hermeneutics/>

Ministerio del Interior y Justicia, (2011). *JUSTICIA TRANSICIONAL Aportes para construir un lenguaje unificado de transición en Colombia*. Bogotá: Editorial Milla Ltda.

Morchón, R. G. (1976). La polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la Ciencia Jurídica. *Anuario de filosofía del derecho*, (19), 183-198.
Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1985431>

Noque, J. (1951). En: Gusdorf, G. *Mémoire et personne*. París: Presses Universitaires de France.

Nora, P., (1988). “*Memoria colectiva*” En Le Goff, J. [et al.], *La Nueva Historia*. Bilbao: Mensajero

Oficina del Alto comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2011). *El papel de las víctimas en el proceso de justicia y paz*. Recuperado de:
<http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/imprimir.php3?texto=po140.txt>

Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

(2005). *Resolución 2005/66 - El derecho a la Verdad*. Recuperado de:

http://ap.ohchr.org/documents/S/CHR/resolutions/E-CN_4-RES-2005-66.doc

Ricoeur, P. (1999). *La lectura del tiempo pasado: memoria y olvido*. Madrid:

Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid. Recuperado de:

http://200.95.144.138.static.cableonline.com.mx/famtz/smr/index_archivos/cursos/Paul_Ricoeur_La_Lectura_del_Tiempo_Pasado_Memoria_y_Olvido.pdf

Ricoeur, P. (2003). *La memoria, la historia, el olvido*. Madrid: Trotta

Sarlo, B., (2005). *Tiempo pasado. Cultura de la memoria y giro subjetivo. Una discusión*. Buenos Aires: Siglo XXI

Schutz, A. (1970). *Reflections on the problem of relevance*. London: New Haven and London, Yale University Press.

Suárez C. L. (2012) El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación. *Pensamiento Jurídico*, (36), 173 – 188. Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/38022/1/40321-180998-1-PB.pdf>

Uprimmy, C. (2012), La memoria en la Ley de Víctimas en Colombia: derecho y deber. *Anuario de derechos humanos*, (8) ,135 – 143. Recuperado de: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20563/2173>

Vázquez, F. (2001). *La memoria como acción social. Relaciones, significados e imaginario*. Barcelona: Paidós.

Leyes

Congreso de Colombia (10 de junio de 2011). Artículo 23 [Título I] Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones [Ley 1448 de 2011]. D.O.: 48096.

Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana.

Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-406 [Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón]

Corte Constitucional. (1999). Sentencia SU – 819 [Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis]

Corte Constitucional (2013) Sentencia C – 579 [Magistrado Sustanciador Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]

Corte Constitucional. (2003) Sentencia T - 227 [Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett]